IX.

Die Lehre vom testamentum ruri conditum im jetzt Sächsischen Theile Thüringens als Beispiel des in Deutschland geltenden Gewohnheitsrechts,

von

Herrn Dr. Gustav Emminghaus,
Regierungsrath in Weimar.

Die Darstellung eines, freilich particularrechtlichen, auf dem Gerichtsbrauche beruhenden Institutes schien mir, aus dem Grunde, ein für öffentliche Besprechung nicht ganz ungeeigneter Stoff zu seyn, weil wie Maurenbrecher [1]) ausführt, dergleichen Ermittelungen recht eigentlich dem Character der Wissenschaft des practischen gemeinen deutschen Rechts gemäß sind, und weil ich hoffen darf — daß, abgesehen von dem Interesse, das die Sache insofern darbietet, als eben in dieser Materie, nach der Bemerkung ihres letzten Bearbeiters, Fritz [2]), die Gewohnheitsrechte [3]) von so bedeutendem Gewicht sind, — daß Sachkenner die Mühe, die ich verwendet habe, als Beleg der richtigen Methode anerkennen.

1) Im Lehrbuch des gemeinen deutschen Rechts I. Abthl. Bonn 1832. Vorrede u. S. 110.

2) In der Gießner Zeitschr. für Civilr. u. Prozeß. Bd. V. S. 22. fg.

3) Freilich habe ich immer den Ausdruck in dem von Puchta (Gewohnheitsrecht I. Thl. Erlang. 1828. S. 161.) verworfenen weitern Sinn genommen. Puchta würde vielmehr von einem „Juristenrecht, reden. Maurenbrecher zeigt aber (S. 9.) treffend, warum h. z. T. gemeine Gewohnheitsrechte selten sind. Bei keiner

§. 1.
Einleitung.

Auch in den Sächsischen Fürstenthümern hat man, vom sechzehnten Jahrhundert an, das Bedürfniß empfunden, die Solennien der Testamente denjenigen Personen, die außerhalb der Städte sich aufhalten, dadurch zu erleichtern, daß man solche formelle Vehikel, wie sie unter Landbewohnern zur Hand sind, für genügend erklärte. Wo man zunächst Hülfe suchen konnte, — in den vaterländischen Rechten und Einrichtungen — da hat unsere Praxis sie nicht erblicken wollen [4]). Daß Testamente vor dem Schultheißen (Dorfrichter) und Schöppen errichtet werden dürften, wird unter Berufung darauf, daß „scabini pagani nullam habent jurisdictionem, et ita autoritas judicialis deficit" und unter Allegation von Matth. Colerus [5]), der den so eben erwähnten Satz aus der Glossa latina ad Specul Saxon. Li. II. art. 12. additio sub M. entnimmt, verneint von der Facultät zu Jena [6]) nach dem Zeugnisse Christ. Phil.

---

von allen den Rechtserscheinungen, welche z. B. unser gemeines Sachsenrecht bilden, möchte vielleicht ein vom Volke ursprünglich ausgegangener Impuls erkennbar seyn.

4) Daß, auch außerhalb der Gerichtsstätte, vom Amtmann nebst dem Actuar (ohne Schöppen) in den Herzogl. Sächsischen Landen gültig Testamente aufgenommen werden, erachtete der Schöppenstuhl zu Jena (bei Joh. Ludw. Schmidt öffentliche Rechtssprüche. Jena 1777. S. 60. u. 66.) in den Jahren 1764 und 1769. Dasselbe leisten, vom Amtmann abgeordnet, ein Actuar und zwei Schöppen, wie Schmidt unter Beziehung auf Spec. Saxon. Li. III. Art. 88. darlegt, (aus einem Gutachten des Schöppenstuhls v. J. 1769, S. 55. a. a. O, wo er indessen auch mit Einem Schöppen außer dem Actuar, freilich in Widerspruch mit dem allegirten Artikel des Sachsenspiegels nicht nur, sondern auch mit sich selbst in der nemlichen Stelle, sich begnügen will.) — Aber das Alles sind keine Eigenthümlichkeiten der auf dem platten Lande errichteten letzten Willen; Stadtgerichten muß man die nemliche Befugniß einräumen.

5) De process. executiv. L. II. c. 1. §. 131.

6) Einverstanden mit Carpzov in den Defin. forens. P. III. c. 3.

Richter's, der ein Responsum an den „Landrichter in Jena" v. J. 1620 [7]), ingleichen ein Responsum nach Jaßnitz in Kursachsen [8]) v. J. 1645 anführt, ferner Joh. Rud. Engaus [9]), welcher einen Rechtsspruch nach Saalfeld aufbewahrt hat. Zwar meinte Richter (Not. 8. unten), eine Ansicht Carpzov's theilend, „secus est, si hi a Domino, cui jurisdictio competit, a) ad testamentifactionem fuerint ablegati, b) vel iis jurisdictio specialiter sit concessa"; und man hätte wohl einestheils den Fall a. so, daß in der Pflichtsrotul stünde, sie sollten „auf einzelnes Abordnen des Gerichtsdirigenten" Testamente aufnehmen, den Fall b. hingegen so, daß die Pflichtsrotul jene beschränkenden Worte nicht enthielte, sich zu denken — anderntheils der Staatsgewalt billig gleiches Recht, wie dem Patrimonialgerichtsherrn zuzugestehen [10]); allein davon, daß in unsern Landen von solch' einer Befugniß auch wirklich Gebrauch gemacht worden wäre, ist mir nirgends eine Spur vorge-

---

def. 21. wo 5 Erkenntnisse der Schöppen zu Leipzig beigebracht sind (daß er in der def. 20. 10. im entgegengesetzten Sinne sich äußere, kann ich nicht mit C. A. Gottschalk Annal. Jur. Sax. Lips. 1804. p. 99. finden:) ingleichen mit Wernher, P. X. obs. 316. und Horn consult. p. 876. auch Kind quaest. T. I. c. 39. p. 262. ed. 2.

7) Decis. Jen. 1663. (auch 1689) P. I. dec. 28. n. 4.

8) ib. Dec. 80. n. 31. 32. Ich habe in diesem Aufsatze solche Arbeiten der Jenaischen Schöppen, die außerhalb der Ernestinischen Landen gingen, keineswegs als beweisunkräftig verschmähen dürfen: nur besondere Gründe, dergleichen ich nicht entdecken konnte, hätten es gerechtfertigt, von der Supposition abzugehen, daß die Schöppen von keinen andern, als den beim Rechtsprechen in ihrem Competenzsprengel eingewöhnten Maximen sich leiten lassen, auch wenn andere auswärtige Gerichte sie um Rath fragten.

9) Decis. Jen. 1761. P. 1. dec. 321.

10) Natürlich hat es aber weder der Amtmann noch der Patrimonialgerichtsverwalter; keiner von ihnen kann für einzelne Zweige oder Anwendungsfälle des ihm anvertrauten Amts Drittte substituiren.

kommen. Ich habe wohl die von Haubold [11]) hervorgehobenen Worte „auf dasjenige, was in ihrer Gegenwart in und außerhalb des Gerichts, bei Errichtung der letzten Willen verhandelt wird, fleißig aufzumerken" oder ähnliche, oft in dergleichen Beeidigungen angetroffen. (Allein nach meiner Ueberzeugung kann, obschon Haubold minder streng urtheilt, solch' ein Passus nur auf letzte Willen, wobei auch ein Richter oder Actuar concurrirt, bezogen werden.

§. 2.

Ursprung der practischen Lehre.

Dagegen benutzte man in Jena eins der recipirten Rechte, das canonische, und namentlich das c. 10. X. de testam. III. 26. [12]), und die c. 23. und 28. X. de testibus II. 20. [13]), um daran theilweise nach dem Vorgange

11) Lehrb. des Sächs. R. §. 337. Anmerk. 3. S. 346. der Güntherschen Ausg. — Wenn Hommel (obs. 167.) noch viel weiter ging, nämlich behauptet: „absente domino delegationem praesumendam esse" so war das offenbar willkührlich, und Haubold (ad Bergerum p. 363.) dachte gewiß selbst abweichend, wenn er berichtete qua ratione factum est, ut Fac. Jur. Lips. in servandis testamentis sculteti et scabinorum paganorum fide munitis, faciliorem sese praebuerit."

12) Cum esses in nostra praesentia constitutus proposuisti: talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate, penitus rescindantur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum patrum institutis, et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum, cum scriptum sit, in ore duorum vel trium testium stat omne verbum, praescriptam consuetudinem improbamus. Et testamenta, quae Parochiani coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis, in extrema fecerint voluntate, firma decernimus permanere, sub interminatione anathematis, prohibentis, ne quis hujusmodi audeat testamenta rescindere.

13) C. 23. — mandamus quatenus si — emerserit quaestio, in qualibet causa non minus quam duorum vel trium virorum,

der Spruchstühle in Leipzig und Wittenberg, ein Institut zu knüpfen, welches sonderbarer Weise später in dem Gebiethe, wo die erwähnten ersten Schöpfer desselben wirkten, ganz wieder verschwunden ist. Schon ehe nemlich die Juristenfacultät in Jena mit der Gründung der dasigen Universität in Thätigkeit trat, hatte der in großem Rufe stehende Professor der Rechte in Wittenberg, Hieronimus Schurf, — der treue College Luther's u. eifrige Förderer der Bestrebungen des letztern [14]), der aber dessen Haß gegen das gesammte päbstliche Recht nicht theilte, vielmehr unter den ersten derjenigen protestantischen Rechtskenner war, die zu Beibehaltung vieler Sätze des Corpus Juris Canonici um deswillen riethen, weil dieselben, wenn man einmal das römische Recht nicht abschaffe, für die deutschen Zustände unentbehrlich seien [15]), — die Centuria tertia seiner consilia [16]) vollendet, worin er im cons. 25., und wiederum im cons. 58., das den Fall eines civis Brandenburgensis behandelt, das testamentum coram parocho et duobus testibus in Schutz nimmt. Ebenso hatte im Jahre 1558., wie Co-

---

qui sunt probatae vitae et fidelis conversationis testimonium admittatis, — quia licet quaedam sunt causae, quae plures quam duos exigant testes, nulla tamen est causa, quae unius testimonio quamvis legitimo terminetur. — C. 28. Et canonica et civilia jura sequentes, districtius inhibemus, ne unius judicis quantaecunque fuerit autoritatis, verbo credatur in causis sive super testamentis sive cujuslibet aliis contractibus quaestio agitetur. Nec scriptum eorum, nisi testium adminiculo fulciatur, eam obtineat firmitatem, quin ei possint ac debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praevalere.

14) Carl Herzog, Geschichte des Thüring. Volks. Hamb. 1827 Seite 463.

15) J. H. Böhmer, Jus eccles. Protest. L. I. T. 2. §.§. 60—67. Ejusdem Consultat. Hal. 1733. sq. cons. 733.

16) Francof. ad M. 1553.

lerus [17]) bezeugt, eine dem Stadtrath zu Gotha übersendete Leipziger Sentenz gesprochen. Joh. Schneidewin meldet, es sei so „sententia communis *).“ Zwei Modificationen des fraglichen Rechtsgeschäfts sind aber das Werk Jenaischer Praxis, nemlich:

1) Beschränkung desselben auf Landbewohner: schon zu Anfang des siebzehnten Jahrhunderts konnte der Jenaische Ordinarius, erwähnter Colerus [18]), versichern: „de consuetudine in provinciis Saxonicis pronunciari solet super ultimis voluntatibus paganorum juxta c. cum esses.“ Daß in Städten die Sache nicht in gleicher Weise sich verhalte, dahin erkannte der Schöppenstuhl in Jena nach Arnstadt im Jahre 1690, besage der Sammlung Nicol. Christ. v. Lynkers [19]).

2) Zulassung einer Vertretung des Pfarrers durch zwei Zeugen, welche zwar schon früher in Schriften Sächsischer Gelehrten [20]) gebilligt wurde, wovon aber erst im siebzehnten Säculum, wo überhaupt der Reichthum an veröffentlichten Zeugnissen von dem Blühen des Instituts ungemein wächst, Belege in Rechtssprüchen vorkommen.

Ehe ich nun auf das Einzelne übergehe, sei mir vergönnt, im Allgemeinen auf zwei, unser Gewohnheitsrecht über allen Zweifel erhebende Urkunden Bezug zu nehmen, die unten im Anhange unter Nr. I. u. II. abgedruckt sind.

§. 3.
Form, die zu beobachten ist.

Die Erklärung derjenigen Person, welche den letzten Willen errichtet, muß abgegeben werden.

---

17) Decis. German. P. I. dec. 35. S. 111. der Ausg. von 1615.
*) Commentar. ad Instit. Lib. IV. 1586. ad Lib. II. P. 20. §. 21.
18) a. a. O.
19) Decis. M. D. Jen. 1715. dec. 953.
20) Frider. Mindan. Consult. Saxon. P. 111. c. 6. p. 326.

A., entweder, — laut Jenaischer Sentenzen v. J. 1618. nach Laßkirchen Amts Altenburg, v. J. 1622 nach Rastenberg, v. J. 1630 nach Daaßdorf Amts Weimar, v. J. 1630. nach Georgenthal, v. J. 1632. nach Ronneburg, alle fünf bei Richter [21]), ingleichen nach Rosla v. J. 1678. und nach Saalfeld v. J. 1692., beide bei v. Lynker [22]) — vor den folgenden drei Feierlichkeitszeugen:

1) dem regelmäßigen Seelsorger des Testirers. Das c. 10. X. nennt den presbyter suus. Daß es gerade der ordentliche Pfarrer des geographischen Parochialbezirks sei, wo der Fall sich ereignet, ist unnöthig. Schurf hielt es im oben gedachten cons. 25. für unwesentlich, daß nur ein capellanus concurrirt hatte, und sein Fall im cons. 58. hatte sich zugetragen, „coram duobus diaconis fungentibus vice presbyteri parochialis et aliâ honestâ personâ.“ Gottlieb Slevoigt [23]) bringt das Testament des Pfarrers L. zu Utenbach, Amts Dornburg v. J. 1710. bei, das dieser vor dem Prediger T. aus Wormstedt im nemlichen Amte, seinem Beichtvater, und zwei Zeugen errichtet hatte: die Schöppen in Halle urtheilten im J. 1712., daß es gelte, und Slevoigt tadelt das wohl mit um so mehr Unrecht, da die Weimarische Kirchenordnung v. J. 1664. Buch II. Cap. 13. [24]) verordnet: die Pfarrer auf dem Lande sollen zum Beichtvater einen „de vicinis pastoribus ejusdem dioeceseos erwählen und gebrauchen, auch hierin ohne sonderbare erhebliche Ursache keine Aenderung treffen.“ — Den Schulmeister statt des Pfarrers wollte ein Jenaisches Erkenntniß bei v. Lynker [25]) v. J. 1671. als fähig nicht gelten lassen.

---

21) P. I. dec. 28. n. 3. 22) Dec. 352. 696.
23) Casus forenses Jen. 1723. S. 357—368.
24) S. 368. 25) Resolut. Jen. 1713. r. 109.

2) Daneben vor zwei Zeugen: Männer sowohl als Weibspersonen erachtete man für tüchtig, weil man das „idoneas" im c. 10. X. „ex communibus testium requisitis ut scilicet judicium, aetas, intellectus in teste non absit [26]), interpretirte. Zu vergleichen ist die vom Consistorium zu Jena im J. 1683. ertheilte Instruction an die Pfarrer, die ich als III. Anhang unten folgen lasse; ferner ein im J. 1702. gefälltes Jenaisches Urtheil nach Altenburg bei Christ. Wildvogel [27]). Unzulänglich ist es, wenn nur der Pfarrer und der Dorfrichter zugegen gewesen waren laut einer Jenaischen Sentenz nach Menkendorf Amts Weida v. J. 1639 bei Richter [28]).

B., oder vor vier Zeugen: Richter [29]) lehrte: „Juxta communem opinionem de jure canonico in absentia „presbyteri regulariter sufficiunt quatuor testes, ita ut duo „suppleant vicem presbyteri parochialis. Alias enim duorum „testium dicta majorem habent fidem quam attestatio unius „testis, quantumcunque maximae autoritatis fuerit c. 23. 28. „X. de testib." Belege sind obige vier Entscheidungen von den Jahren 1630, 1632 und 1692; fernere eine nach Eisenberg vom J. 1643. bei Richter [30]), eine nach Hermstedt Amts Dornburg vom J. 1679. bei v. Lynker [31]); ferner eine in das Merseburgische Amt Lauchstedt v. J. 1694. bei demselben [32]); und endlich eine dergleichen der Regierung zu Gotha

---

26) Pet. Müller (Jenaischer Scabin) ad Struv. Exercit. XXXII. §. 17. Not. μ der auf Stryck de testam. rustic. c. 5. n. 24. sich stützt. Anderer Meinung ist die, unser Institut anerkennende, außersächsische neueste Doctrin, von Glück Pand. Com. Bd. XXXIV. S. 184. v. Wening Lehrb. §. 452. neuste Ausg.

27) Consil. Jen. 1717. Cons. 145.

28) Dec. 28. all. n. 4. Merkendorf war damals schon nicht mehr Weimarisch. s. Sachse Handb. des Weim. Privatr. §. 67.

29) Dec. 28. all. n. 6. 7. 30) ibid. n. 7. 31) Decis. 777.

32) Resolut. 845.

aus dem J. 1680. bei Joh. Christ. Nehring[33]). Dahin, daß drei Zeugen nicht ausreichen, erkannte ausdrücklich eine Jenaische Sentenz nach Hasel im Altenburgischen vom J. 1632. bei Richter[34]). Eine Milde, bei der man die dem „Richter" wohlanständige logische Schärfe, welche Concentration aller auf Wahrheitserforschung berechneten förmlichen Elemente eines Geschäfts erheischt, nicht sonderlich geltend machte, war es aber, wenn ein Responsum bei ebendemselben[35]) in dieselbe Gegend und im nämlichen Jahre ein Testament, das in Ansehung der Zeugenzahl auf drei Füßen stand, darum retten wollte, weil — zu einer Zeit, wo sonst kein Zeuge zugegen war — „parochus (wie er behauptete, gemäß den mündlichen Aeußerungen des Testators) illud scripserat, wenn es mit des Pfarrers Rath gemacht." Man vergaß, daß gar nichts juridisch wahr in diesem Falle war, indem lediglich für zwei verschiedene Vorgänge rechtlich nicht für auslangend zu achtende Beweisthümer aufgebracht werden konnten.

§. 4.
Weitere Betrachtung hierüber.

Es versteht sich von selbst, daß erwiesen vorliegen muß, daß der, um dessen Testaments-Errichtung es sich handelt, animum statim testandi gehabt habe; und in diesem Sinne verdient wohl allerdings Peter Müller Beifall, wenn er mit Stryck meint: „non ita simpliciter „testium rogationem esse rejiciendam, sed potius dicen- „dum, aliquam admonitionem ratione testium nihilominus necessariam esse, ut sciant, quid attendere debeant[36])." Allein gegen das Erforderniß einer feierlichen rogatio testium erklärt sich namentlich ein Jenaisches Urtheil nach

33) Jus Saxonicum discrepans Goth. 1724. p. 105.
34) Dec. 28. all. n. 4. 35) ibid. n. 5.
36) ad Struv. l. Caud. not. i.

Reichenbach im Altenburgischen bei Richter [37]) vom J. 1638; und überhaupt sind mit dem, was §. 3. oben vorgekommen ist, sämmtlich Requisite in Ansehung der Form der Handlung vollständig dargestellt. Die landübliche Jurisprudenz wußte durchaus nichts: a) von einer Zurückdrängung des Instituts in den Winkel des Nothfalls; b) von einer Schrift, die die Feierlichkeitszeugen alsbald abfassen müßten; oder endlich c) von einer unerläßlichen sofortigen Verlautbarung des letzten Willens beim competenten Gericht. Die guten Consistorialen zu Jena haben die Puncte b. und c. in der Instruction unter III. hinten ganz zweckmäßig empfohlen; aber doch wohl, während sie an die Worte, auf die der Satz „wenn es Kraft Rechtens haben soll" richtig bezogen wird, dann auch noch die ferneren: „auf Papier" bis „insinuirt werden" verbindend annectirten, im Ausdrucke fehlgegriffen. Legislative Macht hatten sie ja gar nicht.

§. 5.

Personen, die so testiren können.

In dieser Hinsicht ward dem Geschäft die vollkommen dem wahren Sinne des römischrechtlichen gleichen Instituts und der Natur der Sache (§. 1. oben) angemessene [38]) Ausdehnung verliehen. Man schloß Niemand wegen des Standes, dem er angehörte, vom Gebrauch dieser gelinderen Form aus. Den Adlichen, die auf dem Lande leben, spricht deren Genuß zu ein Jenaisches Responsum bei Nehring v. J. 1680 [39]) ingleichen ein im J. 1704. der Gleichischen Canzlei zu Blankenhain überschicktes Jenaisches Erkenntniß bei v. Lynker [40]). Des Dorf-

37) Dec. 28. all. n. 3. f. auch Ge. Ad. Struve, Verfassung der Sächs. Rechte. Merseburg 1696. S. 275.

38) Marezoll im Archiv für civilist. Praxis. Bd. IX. S. 298. sq.

39) a. a. O. S. 104.

40) Responsa Jen. 1704. Vol. II. resp. 117.

pfarrers geschieht in dem von mir oben §. 3. gedachten Utenbachschen Falle Erwähnung; der Einwand Slevoigts: „observantia Thuringica plane huc applicari non potest, cum nec beatus testator fuerit rusticus" wird von jedem Grunde entblößt vorgetragen. Hatte Joh. Strauch am Schlusse des Berichts im Anhange unter II. hinten die Meinung des Schöppenstuhls richtig aufgefaßt, so ist sie nach dem Obigen wenigstens später abgeändert worden.

§. 6.
Arten der letzten Willen, die man so errichten kann.

Auch bei diesem Puncte bewegte man sich ganz mit jener Freiheit, welche der römische weite Begriff von „testamentum" gestattete, und die die für Gleichhaltung aller darunter sich stellenden Species redenden Vernunftgründe erheischten. Gleichwie schon im J. 1600 der Syndikus und Schöppe zu Magdeburg Franz Pfeil [41]) die coram parocho et duobus testibus getroffene Verfügung: „Alles, was testatrix von ihrem Vater ererbt, solle man ihrer Schwester C. geben" als Fideicommiß für gültig erklärte, ebenso hielt im J. 1678 ein Jenaischer Spruch nach Rastenberg, von dem Lynker [42]) Nachricht giebt, eine donatio omnium bonorum mortis causa, bei der die fragliche Form angewendet war, aufrecht, und das Jenaische Erkenntniß nach Altenburg vom J. 1702, welches Wildvogel nach Note 27. oben bekannt machte, hat den letzten Willen einer Ehefrau: „ihr Ehemann solle alles ihr Vermögen nach ihrem Tode bekommen" als fideicommissum universale aufgefaßt. In der That ziemlich steif kommt es heraus, wenn im J. 1744. die Jenenses bei Heinrich Brockes [43]) nach Drakendorf im Altenburg-

41) Consil. Magd. 1600. Cent. I. cons. 92. 42) decis. 1170.
43) Observat. select. forens Lub. et Alt. 1765. o. 91.

schen respondirten: „Haben N. M., Schultheiß in Draken„dorf, und dessen Eheweib S. M. coram parocho atque duo„bus testibus sich dahin erklärt, daß, im Falle eines von ih„nen zuerst versterben würde, dem überlebenden Gatten das „sämmtliche Vermögen schenkungsweise anheim fallen solle, „haben dieselben auch in Beisein obiger Personen diese „Schenkung auf den Todesfall acceptirt u. s. w. dieweil, „was in Ansehung des Testaments in dem c. 10. X. de testam. „geordnet worden, auf die Schenkungen auf den Todesfall „um so viel weniger zu extendiren, als obige Disposition, „welche ein jus singulare in sich faßt, in einem engen Ver„stande erklärt werden muß: l. 14. Dig. de legibus etc."

§. 7.

Beweis.

Darauf hielt man indessen, daß der Pfarrer keine, ihn zur Beurkundung berechtigende vorzügliche öffentliche Glaubwürdigkeit, wie man sie Notarien und Gerichtspersonen, ja auch Geistlichen in der Sphäre der Kirchenbücher beimißt, hier in Anspruch nehmen dürfe. Der Pfarrer ist gemäß dem c. 51. X. de testibus, ganz wie die andern Zeugen verpflichtet durch gewöhnlichen processualischen Zeugeneid vor Gericht das Testament auf Verlangen zu bekräftigen. So war gesprochen in Jenaischen Urtheilen nach Gumperta Amts Kahla, vom Jahre 1646 bei Richter [44]) und vom Jahre 1700, bestimmt in einem Dorf Plauen, das „unserm Vermuthen nach in den sächsischen Landen außerhalb des Kurfürstenthums gelegen" bei Wildvogel [45]). Dessenungeachtet ist aber unser testamentum ruri conditum immer ein testamentum publicum, in dem Sinne wie

---

44) Dec. all. 28. n. 3.

45) Cons. 131. Auf andere Weise wird die Sache in den Particularrechten bei Maurenbrecher unten Note 66. genommen.

Brinkmann [46]) das Wort nimmt d. h. es ist in der Glaubhaftigkeit über die Stufe eines Privatdocuments hinausgerückt, höher gestellt; zu einem directen Gegenbeweise würden zwei Zeugen nicht hinlangen.

§. 8.

Juristische Einwürfe.

Die Basis der nunmehr vollständig mitgetheilten Sätze, woraus unser Institut besteht, nemlich das c. 10. X. de testam., ist jedoch von einem berühmten sächsischen Rechtslehrer angefochten worden. Carpzov [47]) nemlich wendete ein, erstlich habe die Notariatsordnung vom Jahr 1512. im Titel von Testamenten, consentientibus omnibus imperii ordinibus tam ecclesiasticis quam secularibus durch Aufzählung

---

46) Practische Rechtskunde, Schleswig 1831. S. 291. fg. Mühlenbruch. Doctrina Pandect. ed. 3. rechnet zwar §. 683. das testam. cor. presbytero et duobus testibus zu den testamentis publicis, aber ein der Form unter B. §. 3. oben errichtetes Testament würde er nach §. 658. ein Privattestament nennen.

47) Defin. forens. P. III. c. 4. def. 40. Er liefert hier (ein Beweis zugleich, wie ausgebreitet die Sache im täglichen Rechtsleben gewesen sein muß) 6 Leipziger Erkenntnisse, worin das testam. cor. par. et 2. test. verworfen wurde. Zwei gleichlautende der Schoppen in Halle, aus dem J. 1594 hat Finckelthaus, obs. 75. und eins dergleichen vom J. 1711. J. H. Böhmer J. E. P. L. III. T. 26. §. 4. Man sieht aber nicht, wo solche hingeschickt wurden. Für Kursachsen in die Verwerfung solcher Testamente einstimmend ward gesprochen im Jahre 1702. (nach Bautzen) bei Horn. l. l. p. 398. und im Jahre 1721 bei Wernher. P. IX. o. 245. — In die Lausitz ward im J. 1733. für ein solches Testament erkannt in Halle nach Böhmer consult. 733. Daß dieselbe Observanz in Anhalt herrsche, darauf ist hingedeutet bei Carpzov P. III. c. 4. def. 41. Derselbe berichtet. 16 def. 30. daß zu Bockendorf im Erzgebirge ein solches Testament im J. 1627. coram quinque testibus errichtet und in Leipzig zu dessen Gunsten erkannt worden.

eines bestimmten Cyclus römischer Testamentsformen diese als die ausschließlich in Deutschland gültigen sanctionnirt und zweitens, man dürfe hiervon um so weniger abweichen, ne juri canonico autoritas tribuatur in terris imperii. Allein so ehrfurchtgebietend Carpzovs Autorität bei vielen Rechtsmaterien in der Doctrin der Sachsen-Ernestinischen Lande noch bis auf die neuesten Zeiten gewaltet hat, und so vollständig es ihr allerdings gelungen ist, die Albertinischen Staaten für unsere obige Lehre zu sperren, so offenbar unzureichend sind jene seine Argumente. Das erste, obwohl bei den Lehrern des gemeinen deutschen Rechts, die die Ungültigkeit des c. 10. X. de testam. behaupten, noch jetzt nicht unbeliebt [48]) glaubte Richter, als er mit Widerlegung Carpzovs sich beschäftigte [49]) ganz übergehen zu dürfen; meines Bedünkens könnte man auch freilich mit Hülfe desselben selbst das gerichtliche Testament vollkommen hinweg disputiren. Es bedarf in der That gar nicht der Entgegnung, daß man im J. 1512. schwerlich für rathsam gehalten hat, eine civilrechtliche Satzung des allgemein anerkannten Kirchenoberhauptes zu verwerfen. Auf den zweiten Grund hingegen hatte Richter, ohne daß man ihn darum einen minder anticurialistischen Publicisten, als Carpzov, nennen könnte, sehr bald die Antwort gefunden: „Quando jure canonico in imperio utimur, hoc non fit ex „necessitate vel in gratiam pontificis, sed eo utimur tanquam „jure nostro, quia nostrum factum est, vel approbatione vel „ex consuetudine. Nec enim non pontificis superioritati sub-„mittimus, quia libere et non coacte jure pontificio utimur. „Ita enim alii populi nostro jure civili utuntur, qui tamen „imperio romano ex eo non volunt subesse." In dem

---

48) Bruno Schilling de origine jurisdict. ecclesiast. in caus. civil. Lips. 1825. p. 65. Schweppe, das röm. Privatr. 1822. §. 823, auch in der 4. Ausg. Thl. I. 1828. S. 119.

49) Dec. laud. 28. n. 10. 12.

Schöppenstuhlbericht, Anhang II. hinten extrahirt, begnügte man sich als auf ein Considerandum, sofern es sich handle de jure constituendo, darauf aufmerksam zu machen, daß P. Alexander III. die Bibel schlecht exegesire, wenn er in den Satz „in zweier Zeugen Munde wohnt die Wahrheit" einen positiven Sinn legen wolle, während er doch nur den negativen, daß Ein Zeuge nicht glaubhaft, enthalte.

§. 9.

Geographische Grenzen.

Die Sachsen-Ernestinischen Gebiete dürfen, ungeachtet der generellen Zeugnisse bei Colerus §. 1. oben und in den Anhängen I. und II. nicht schlechthin im ganzen Umfange als der Kreis, wo unser Gewohnheitsrecht Wurzel schlug, betrachtet, sondern es müssen mehrere Restrictionen [50] anerkannt werden. Es ist, so weit meine Nachrichten reichen, ungültig, a) in den jetzt wieder weimarischen Aemtern Neustadt und Weida weil diese seit dem Jahre 1571, also ehe der Jenaische Gerichtsbrauch sich ausbildete, an Kursachsen kamen [51]), die Notiz im Texte oben bei Note 28. aber allzu einzeln dasteht; ingleichen in den übrigen im J. 1815. mit dem Herzogthum Weimar vereinten Orten des jetzigen Regierungsbezirks Weimar [52]); das Amt Blankenhain wage ich nicht, in Hinblick auf die vereinzelte Sentenz im Text bei Note 39. oben, auszuscheiden: b) in dem dermaligen Herzogthum Meiningen, indem dessen Bestandtheile entweder Hennebergische, oder der

50) So weit es an eigenthümlichen Gründen fehlt, muß man für alle Orte, die dem Schöppenstuhl in Jena als loco ordinario zugewiesen waren, an dessen Sprüche sich halten; in jedes Dorf gesendete dergleichen zu erfordern, widerstrebt den Principien über Gewohnheitsrecht. s. Eichhorn Einleit. in d. deutsch. Privatr. §. 26. Ausg. 3.

51) Sachse, §. 67. 52) Derselbe, §. 95. sq.

ältern Coburgischen Linie unterworfene Lande gewesen sind, die in den Jahren 1598 bis 1641 in Coburg ein besondres Hofgericht und ihren eigenen Schöppenstuhl hatten [53]). Doch ist die Saalfeldische Landesportion, ingleichen Camburg und Cranichfeld auszunehmen, auf die das, was ich eben erwähnte, nicht paßt [54]): c) im Herzogthum Coburg, aus dem bei b. angeführten Grunde: nicht aber auch im Herzogthum Gotha, auf die Aemter Ichtershausen, Wachsenburg, Georgenthal, Reinhardsbrunn und Schwarzwald, leidet wiederum der Grund bei b. keine Anwendung [55]), die Aemter Gotha, Tenneberg und Volkenroda waren zwar Coburgisch vom J. 1572. an; allein der Text oben bei Note 33. und die Nachrichten, die Moritz Brückner [56]) über die Billigung des canonischen Rechts abseiten der Herzoge von Gotha sammelte, helfen über dieses Bedenken hinweg: d) was endlich die Provinz Eisenach betrifft, so versteht sich von selbst, daß in den seit dem Jahre 1815 erworbenen Parcellen [57]) nicht von unsern Herkommen die Rede sein kann: aber auch was die ältern Theile anlangt, spricht abermals das Moment unter b. oben dagegen [58]): nur gestützt auf den Anhang V., hielt ich es für thunlich im sogleich folgenden §. 10. den Standpunct so zu nehmen, daß ich das Institut, als vor dem Circulare im Jahre 1758. dort in Uebung befindlich, mir dachte, jedoch, wie ich ausdrücklich erklären muß mit Ausnahme der im §. 3. oben unter B. erörterten Alternative, die erst im 16. Säculum zu Jena in das Leben trat.

---

53) v. Schultes, Coburg-Saalfeldsche Landesgeschichte, I. Abthl. Cob. 1818. S. 82. 126.; s. Müllers Annalen, S. 361. 441.

54) Sie blieb Weimarisch. v. Schultes a. a. O. S. 73.

55) v. Schultes das.

56) Gothaisches Privatrecht. Gotha 1830. Einleit. S. XI. fg.

57) Sachse, §. 100. fg. 58) v. Schultes, S. 73.

§. 10.

Beschränkung durch Particulargesetze.

Oben schon sahen wir (§. 4. am Ende) daß eine solche für das ehemalige Fürstenthum Jena nicht anzunehmen seyn möchte, wie gleichwohl Sachse [59]) behauptet hat. Eben so wenig kann ich, was das Herzogthum Altenburg betrifft eine Aufhebung des Instituts mit einem Jenaischen Urtheilsspruch vom Jahre 1699 bei v. Lynker [60]) in „Altenburgischen Erledigungspuncten" finden. Mir sind nur dergleichen vom Jahre 1684 bekannt, und diese lauten im einzigen hierher bezüglichen Paragraphen, im Anhange unter IV. hinten vielmehr zu Gunsten unseres obigen Herkommens. Dagegen hat die Staatsregierung des sonstigen Fürstenthums Eisenach, besage des Anhangs unter V., im Jahre 1758. diejenige Modification allerdings eingeführt, auf welche ich oben §. 4. unter a. als auf eine im gemeinen Rechte der Ernestinischen Lande unerfindliche hindeutete. Nicht ein ganz Gleiches aber dürfte sich von den in §. 4. unter b. und c. erwähnten Puncten sagen lassen: als nichtig kann wegen deren Unterlassung kaum ein letzter Wille zusammenfallen, sondern es bleiben diese Vorschriften, da solch ein omissum als observatio praetermissa non ex mente testatoris sed vitio eorum, qui testamentum scribunt, wie Justinian [61]) sich ausdrückt, gelten muß, lediglich eine Anempfehlung des Zweckförmlichen, denen gleichsam der

---

59) §. 459. wo der allgemeiner lautende Text, besage der Note 2, örtlich eingeschränkter zu verstehen ist, und überhaupt das Testament zur Pestzeit nicht genug vom Testamente auf dem Lande abgesondert vorgetragen wird.

60) Decis. 1204.

61) c. 24. C. de testam. VI. 23. — Ueber den Punct §. 4. unter c. findet noch diese Stunde eine Controverse im Preußischen Recht, in Hinsicht des Testaments vor den Dorfgerichten, statt, s. Halle. Lit. Zeit. 1835. Ergänz. Bl. S. 309. fg.

Character des nudum praeceptum beiwohnt. Auch läßt sich gerade so, wie, obschon die Fassung des Circulärs mit dem Worte „in regula" einen so heftigen Anlauf nahm, als hätten die Privattestamente vertilgt werden sollen, dieß doch gewiß nicht die Absicht war, auch ferner das füglich behaupten, daß, da diese Fassung außerdem eine deutlich bestimmt derogirende gegenüber dem früher von mir geschilderten Rechtszustand hätte seyn müssen, zur Gültigkeit eines letzten Willens, der in der dort erwähnten Form errichtet ist, keineswegs nothwendig sei, daß der Testirer in dem periculum, wo er testirte, etwa wie der, qui est cum militibus in hostico, in l. 44. D. XXIX. I., — oder der donator mortis causa in l. 2. inf. D. XXXIX. 6. auch wirklich umkommt.

§. 11.

Meinung der neuern Zeit.

Diese hat keineswegs über unser Institut den Stab gebrochen. In Hinsicht des Testaments vor 4 Zeugen habe ich aller Mühe ungeachtet wenigstens einen Richterspruch in contrarium nirgends entdeckt; was hingegen das testamentum coram parocho et duobus testibus betrifft, so haben von den gelehrten Repräsentanten obiger Meinung noch von Hellfeld [62]) in den Ausgaben seiner jurisprudentia forensis von den Jahren 1764, und 1779 und der spätere Editor Oelze im Jahre 1787, minder nicht von Berger in der oeconomia juris nebst den spätern Herausgebern derselben Bach, 1751 — Winkler, 1771. [63]) und Haubold 1801 [64]) den Gerichtsbrauch der Ernestinischen Lande bezeugt. Und davon daß die Practiker auf ein Fortleben der Lehre im Publicum hingewirkt haben, erinnere ich mich aus den Jahren 1818 u. 1828. zweier Belege, welche im Amte Dornburg, und in der Person eines Cantors zu Mellingen Amts Weimar mir vorgekommen sind. Ich vermuthe, sie

62) § 1419. 63) p. 265. 64) p. 381.

würden häufiger sein, wenn nicht die auf den Jenaischen Kathedern neuerlich gebrauchten Lehrbücher entweder gegen die Sache [65]) sich erklärt oder doch darüber geschwiegen [66]) hätten: das Hellfeldsche, das letzte derselben, welches sich dafür äußert, ist seit mehr denn 30 Jahren fast ganz, seit mehr als 20 Jahren völlig aus den Hörsälen verschwunden.

§. 12.

Rechtssprüche der Regierung in Weimar (1834) und des Oberappellationsgerichts zu Jena (1835).

In contradictorio durchgefochten, endlich ward die Sache neuerlichst in einem Falle aus dem Amte Allstedt. B. Nachbar eines Amtsdorfs, errichtete im August 1829 ein Testament vor dem Ortsschultheißen, zwei Gerichtsschöppen und dem Cantor im Dorfe, worin er seine Ehefrau, und — als Fideicommiß-Erben — seinen Pflegesohn S. einsetzte. Des Testators Schwester E. geb. B. belangte beide mit der Erbschaftsklage auf Herausgabe des B. schen Nachlasses. Die Beklagten schützten die Einrede vor, daß die Intestatfolge nicht eintrete, weil obige letztwillige Disposition da sei. Die Regierung zu Weimar wieß auf diese Exception hin die Klägerin ab; die Gründe waren die in diesem Aufsatze noch mehr ausgeführten. Die Klägerin ergriff Oberberufung. Aus den Entscheidungsgründen der confirmatoria sei es erlaubt, Folgendes mitzutheilen.

„Um die Bestätigung zu rechtfertigen, bedarf es nur einer Verweisung auf die Gründe zweiter Instanz, in wel-

---

65) Thibaut System d. Pand. §. 694. 7. Ausg. (§. 831. 8. Ausg.) Schweppe, in Note 47. oben.

66) So Runde, deutsch. Privatr. §. 679. — Günter, princ. jur. Rom. §. 724. Note a. sagt: testam. c. p. et 2. t. nusquam valet, nisi consuetudine vel lege speciali; aber unser Particularrecht erwähnt er nicht.

chen zur Genüge nachgewiesen ist, wie in den Sächsischen Landen Ernestinischer Linie die Errichtung letztwilliger Verordnungen auf dem Lande vor dem Pfarrer und zwei Zeugen, in Ermanglung des Erstern aber vor vier Zeugen von jeher, bis auf das 16. Jahrhundert zurück für zu Recht beständig geachtet wurde. Denn nicht nur daß ein auf den Grund solcher Entscheidungen „in die 60 und mehr Jahre" von 1641 zurück ausgestelltes förmliches Zeugniß des hiesigen Schöppenstuhls vom 20. October des letzterwähnten Jahres vorliegt, und namentlich durch desfallsige Erkenntnisse von 1618, 1630 und 1632 bestätigt wird, so sind auch aus der Folgezeit, namentlich aus den Jahren 1643, 1662, 1678, 1679, 1680, 1692, 1693, 1694, 1702 und 1712 entsprechende Beispiele von dergleichen Erkenntnissen angeführt worden. In solchem Zusammenhange läßt sich keineswegs annehmen, daß der dort allegirte Eisenachsche [67]) Circularbefehl vom 20. Sept. 1758 etwa eine neue Anordnung habe enthalten sollen; vielmehr deutet er auf in jenem Fürstenthum längst bestandenes Gewohnheitsrecht, welches daher auch für das damals kaum erst von jenem Fürstenthum getrennte Amt Allstedt anzunehmen ist. Eben so wenig kann es zu einem erheblichen Zweifel Anlaß geben, daß in eben derselben Verordnung des Falles, auf welchen es gerade hier ankömmt, nemlich einer gleichen Connivenz bei solchen Testamenten, welche statt vor dem Ortsgeistlichen und zwei Zeugen, — vor vier Zeugen errichtet worden, gar nicht gedacht ist. Denn so wie es ausgemacht ist, daß das ganze hier in Frage ste-

67) Das Amt Allstedt kam 1691 an Sachsen-Eisenach: nachdem Sachsen-Weimar 1741. dieses Fürstenthum ererbt, so wurde das Amt Allstedt, als Theil der Jenaischen Landesportion 1741. zum Fürstenthum Weimar, 1750. wieder zum Fürstenthum Eisenach, endlich aber 1756. wieder zum Fürstenthum Weimar geschlagen. s. Schmidt, Auszüge aus Weimar. Ges. Bd. I. Vorbericht. S. XXVI. Bd. V. S. 3

hende Gewohnheitsrecht seinen Ursprung aus dem canonischen Rechte ableitet, ebenso unzweifelhaft ist damit zugleich der Grundsatz des canonischen Rechts angenommen, daß zwei untadelhafte Zeugen die Stelle des in der Regel zuzuziehenden Geistlichen ersetzen: Stryck de caut. testam. c. XIII. §. 28. ibique leg. cit. Im vorliegenden Falle kommt aber auch besonders hinzu, daß die fragliche Disposition nicht nur vor gewöhnlichen Zeugen, sondern vor den Dorfgerichtspersonen, mit Zuziehung des Ortscantors, bei nachgewiesener damaliger Ermanglung des Ortsgeistlichen, errichtet wurde, also vor Personen, deren amtliches Ansehen allein schon hinreicht, um den Verdacht eines etwa untergelaufenen Betrugs auszuschließen; daher es auch nicht an Beispielen fehlt, daß ein solcher letzter Wille „als coram actis aufgerichtet zu Recht beständig" erachtet worden, „dieweil er vor denen erforderten Gerichtspersonen beschehen:" Rösler decis. Sax. Coburg. Sect. I. dec. XII. Beschränkt sich nun die gegenwärtige Anfechtung des vorigen Erkenntnisses darauf, daß jene Entscheidungen der Vorzeit dem gegenwärtigen Rechtszustande nicht präjudicirten, indem es an allem Beweis fehle, daß ein solches Gewohnheitsrecht noch jetzt in Thüringen bestehe, demselben vielmehr durch ein anderweites späteres Gewohnheitsrecht derogirt sey, so kommt die Oberappellantin mit dieser Einrede offenbar zu spät, geschweige denn, daß erst jetzt noch nach längst abgelaufener Beweisfrist, von einem Beweise desselben die Rede sein könnte. Einen solchen Elisivbeweis hätte dieselbe mit ihrer (Klage) Beweisantretung verbinden müssen, und falls sie ihn zu führen vermochte, sich dazu um so mehr aufgefordert fühlen sollen, da in dem reformatorischen Beweis-Interlokut zweiter Instanz der Beklagten der Gegenbeweis unter dem ausdrücklichen Zusatze vorbehalten worden war, daß es ihnen unbenommen sei, mittelst desselben die Gültigkeit der in Frage stehenden letztwilligen Disposition auszuführen. Die Veranlassung, das Gegentheil, nemlich die Ungültigkeit jener Disposition darzuthun, war der Klägerin

also gegeben, und wenn sie dennoch sich daran versäumte, so hat sie solches nur sich selbst beizumessen. Aber auch abgesehen hiervon steht sehr dahin, ob derselben ein solcher Beweis des Gegentheils, daß nemlich dergleichen Dispositionen in der Folgezeit für ungültig erachtet worden, gelungen sein würde. Wenigstens ist in den Rechtsbüchern keine Spur davon, daß jenes Gewohnheitsrecht da, wo es einmal bestanden, untergegangen sei, anzutreffen, vielmehr auf dasselbe auch von Rechtslehrern neuerer Zeit ausdrücklich hingewiesen: v. Glück, Erläut. d. Pand. Theil XXXIV. (v. 1830) §. 1108 a. Note 13. S. 186., v. Trützschler, Anweis. zur Abf. rechtl. Aufsätze, 4. Aufl. v. 1801. 2. Thl., 6. Hauptabtheilung, 2. Hptst., §. 13. mit Note e. S. 635. Und wenn auch endlich die erkannte Kostencompensation in den Entscheidungsgründen zweiter Instanz damit gerechtfertigt wäre: „weil die Klägerin die Existenz des Gewohnheitsrechtes, auf „welches die Entscheidung sich gründet, wohl in Zweifel zie„hen durfte, ohne daß sie deshalb als muthwillige Streiterin „zu betrachten wäre," so kann doch hieraus einestheils nicht mit Oberappellantin gefolgert werden, daß niemand im Volke von der in Rede stehenden Gewohnheit etwas wisse, wie denn vielmehr das Gegentheil aus dem gegenwärtigen Falle selbst wenigstens insoweit sich ergiebt, als nicht nur dem Testirer selbst die gewählte Form genügte, sondern auch die gerufenen Gerichtspersonen der Aufforderung desselben unbedenklich entsprachen, — anderntheils muß vom Gewohnheitsrechte wohl dasselbe gelten, was von positiven Gesetzen gilt, deren Unkenntniß im Volke ebenso wenig einen Schluß auf deren Nichtexistenz begründet. Da aber die Mittel sich von dem Bestehen eines Gewohnheitsrechts Kenntniß zu verschaffen, ungleich schwieriger sind als bei dem geschriebenen Rechte, so ist dieser Umstand allerdings von Einfluß auf den Kostenpunct dergestalt, daß in Berücksichtigung dessen auch die Kosten dritter Instanz zu vergleichen wären."

§. 13.
Werth des Instituts.

Vom Gesichtspuncte der Gesetzespolitik kann man, wenn auch der Vorwurf des Eigennutzes der Geistlichen, den der Bericht im Anhang II. [68]) und die Instruction im Anhang III. berühren, als den Predigerstand herabwürdigend, zurückgewiesen werden muß, freilich die Ausstellung machen, daß eines Theils die Regierung zu Eisenach von rechtlichen Verwirrungen, die ungültige Testamentsredactoren angerichtet, schlimme Erfahrungen gemacht haben muß, die leicht auch an andern Orten wiederkehren könnten, und daß andern Theils in der gegenwärtigen Zeit die Sache um so entbehrlicher geworden sei, je mehr bei den Landleuten der zum Verschieben des Testirens bis zum kritischen Augenblicke hinleitende Glaube, man dürfe in gesunden Tagen durch Todesgedanken nicht freveln, verschwunden, und dagegen die Gerichte vermöge des so sehr vorgeschrittenen Wegebaues beweglicher geworden sind.

Vergessen darf man jedoch dabei Folgendes nicht, ehe man für die Verkümmerung des Rechtsstoffes, die in dem Antasten des alten Brauches liegt [69]) entscheidet: α) die

68) Es heißt dort: „auf unsere Geistlichen läßt sich ebenwohl bis„weilen appliciren, was vom Pabst Alexander III. Connanus „spricht, incurrisse cum in suspicionem, quasi hoc tantum „fine c. 10. X. de testam. promulgarit, quo ob facultatem „testandi partim etiam ob motum poenae via sterneretur ad „unius cujus que laicorum fortunas involandus, denn ob „die Erfahrung bezeugt, daß auch unsere parochi den alten be„tagten Leuten sonderlich den verlebten Wittwen vor andern flei„ßig zusprechen und sie besuchen u. s. w.“

69) Der Grund, aus dem Schilter a. a. O. hierzu rieth, „weil „die legislatoria prudentia Germanorum testamentariae suc„cessioni tantum favorem non exhibet quantum Romani „sed successionem ab intestato ad conservandas familias „magis tuetur“ wird schwerlich Jemanden ansprechen. Im Gegentheil billigen auch andere deutsche Gesetzgebungen des 19. Jahr-

Fälle sind, wie man ja durch Bestehenlassen der Privattestamente zugiebt, nicht alle so complicirt, daß nicht ein nur einigermaßen Gebildeter sowohl als Testator sie reguliren, als auch, als, vielleicht Rathgebender, Zeuge gute Dienste leisten können sollte. Jeder Pfarrer oder Schultheiß kann aus einem populären juridischen Buche wenigstens leicht darüber sich Gewißheit verschaffen, ob der concrete Fall es erfodere, das Gericht zur Leitung des Acts und cautelarischen Abfassung des Testaments zu Hülfe zu rufen. —— β) Mißlich würde die Rückkehr zu dem Justinianeischen Rechte in c. 31. C. de testamentis [70]) sein. Jeder weiß, wie Beweißführungen kostspielig, verzögernd und welchen Unglücksfällen sie unterworfen sind. Nun muß aber nach römischen Rechte sicher mit Marrezoll [71]) dem Erben angesonnen werden, darzuthun, daß nur 5 Zeugen zu schaffen gewesen. Die sonst die Lehre, wie Fritz [72]) zeigt, vereinfachende Notariatsordnung hat hierin den Erben nicht erleichtert. Unvermeidlich sind in foro Beweise, weil die Rechte und Verbindlichkeiten aus factischen Vorgängen entspringen; allein billig kann doch gewiß der Staatsbürger verlangen, daß das Recht nicht durch seine Erzeugnisse, die juristischen Institute, mittelst Restriction ihrer Gültigkeit auch thatsächlich bedingte Zustände, zumal auf negative Ver-

---

hunderts das testam. coram parocho et duobus testibus: von Glück a. a. O. S. 186. führt eine Baierische Verordnung vom 19. Jan. 1809, und Mittermaier Grundſ. d. deutschen Privr. §. 409. S. 747. der dritten Ausg. ein Oldenburgisches Gesetz vom 11. März 1819. an. — Aeltere Kölnische und Trierische Gesetze weis't Maurenbrecher a. a. O. S. 784. Note n. nach.

70) Aehnliches möchte ich gegen ein Anschließen an die Eisenachsche Modification §. 10. oben zu bedenken geben.

71) a. Note 37. a. O. S. 315. f. jedoch Mühlenbruch §. 689. Note 2.

72) a. Note 2 a. O. S. 25. sq.

hältnisse, ihm noch mehr Beweislasten, auf den Hals zieht. Warnend ist folgende kleine Erzählung. Eine königlich preußische Verordnung für die Kurmark vom 3. Sept. 1718, hatte im Aerger über die vielen unnöthigen Processe, ganz wie der Statthalter zu Eisenach im Jahre 1758 [73]) vorgeschrieben, alle Testamente die außer einem periculum in mora gefertigt würden, sollten gerichtlich sein; allein schon am 17. December 1723 rescribirte der König an das Kammergericht in Berlin, es solle die Sache noch einmal überlegen, indem „der Punct, ob man des Richters habhaft werden können? in Generalität weitaussehend, und zu vielen Streitigkeiten Anlaß gebe" [74]). —

X.

Beiträge zur Lehre von der Appellation.

Von Linde.

(Fortsetzung der Abh. B. XIX. H. 1. Abh. 1).

Da durch die Devolutivkraft der Appellation dem Unterrichter alle Entscheidungsgewalt entzogen ist, so folgt daraus, daß die Erklärung, welche er auf die eingewandte Appella-

---

73) Daß die constit. Sax. P. III. c. 8. die formellen Requisite des gerichtlichen Testaments auch das periculum in mora ausstellten, wird in Ad. Martins Jahrbüchern Bd. I. S. 220. gesagt; eigentlich hat erst Decis. Sax. 45. v. J. 1661., die für die Nicht-königlichen Lande, weit weniger Interesse darbietet, als die Constitutionen. s. Martins Jahrb. Bd. I. S. 282. fg.

74) Frid. Behmer, Novum Jus controvers. T. I. Lemgov. 1771. p. 409.